

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Facultad de Jurisprudencia

Escuela de Derecho

Plan de disertación previo a la obtención del título de Abogado

Responsabilidad penal en la mala práctica médica y necesidad de una normativa específica en el Ecuador

Autora:

Daniela Cristina Moya Cando

Tutor:

Juan José Alencastro Moya

Noviembre 2022

Quito – Ecuador

RESUMEN

El presente trabajo tiene como fin demostrar la necesidad de crear una normativa específica que cubra lo relacionado con la práctica médica ya que este tema ha tenido mayor presencia en la sociedad después de la pandemia ocurrida en 2019. La mala práctica médica es un problema que afecta tanto a los profesionales de la salud debido a que su reputación, trabajo y libertad se ponen en riesgo; como a los pacientes porque su derecho a la vida llega a ser vulnerado. Actualmente en el Código Orgánico Integral Penal la mala práctica médica se encuentra en varios artículos, sin embargo, no es fácil delimitarla lo cual genera un vacío legal al momento de tratar de resolver estos casos.

PALABRAS CLAVES

- Mala práctica médica
- Negligencia
- Dolo
- Culpa
- Responsabilidad penal
- Médico
- Delito

ABSTRACT

The present work has the means to demonstrate the necessity of creating a specific normativity that covers all that is related to medical practice given the topics bigger presence in society after the Covid-19 Pandemic in 2019. Bad medical practice is a problem that affects not only medical professionals since it puts at risk their reputation, work and liberty, but also puts patients in a situation where their right to life could be vulnerable. As of nowadays in the Penal Code, medical malpractice is regulated in several articles but it isn't easy to correctly define it, generating a legal loophole when the time comes to resolve this cases

KEYWORDS

- Medical Malpractice
- Negligence
- Intentional misconduct
- Guilt
- Criminal responsability
- Doctor
- Crime

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador señala como uno de los deberes del Estado garantizar la salud, también manifiesta que la prestación de servicios de salud se basarán en los principios de universalidad, equidad, solidaridad, interculturalidad, eficacia, eficiencia, interculturalidad, precaución y bioética; de la misma manera se menciona que existe responsabilidad por mala práctica en el ejercicio profesional, oficio o arte especialmente cuando ponga en riesgo la vida o integridad física de las personas. Sin embargo, dentro del Código Orgánico Integral Penal no encontramos el término mala práctica médica

La mala práctica profesional en el campo de la medicina ha tomado tal importancia, que merece un especial trato, puesto que varias vidas de seres humanos se han perdido por la actuación los médicos, que violan el deber de cuidado, aunque en ocasiones la responsabilidad se extiende hasta aquellos subordinados a los mismos.

Por lo mencionado la necesidad de la creación de una normativa específica es necesaria, ya que se debe proteger al ser humano en todo sentido, y al no existir una normativa específica, el paciente afectado no tiene una protección, además que debemos tener en cuenta que el médico se ha preparado por muchos años para ejercer la profesión, por lo cual se deben ver estas actuaciones con mucha precaución y determinar por qué razón realizo una mala práctica médica.

Por estas razones he considerado necesario realizar esta Tesis, señalando la necesidad de que la mala praxis sea tipificada como un delito independiente, tratándola, penalmente, independientemente al delito de homicidio inintencional y a los delitos de lesiones, así los responsables de este delito deben sufrir las consecuencias jurídicas de sus actos profesionales. Se busca elaborar y desarrollar una propuesta de crear un nuevo esquema de control que sustente su efectividad en la práctica médica eficiente y adecuada y con apego siempre a las políticas, programas, métodos, técnicas y recursos con que cuenta

el sistema jurídico ecuatoriano, a fin de que tal factor conlleve a solucionar las dificultades existentes en la actualidad y su incidencia en la sociedad.

TABLA DE CONTENIDO

Contenido

RESUMEN 2
PALABRAS CLAVES 2
ABSTRACT 2
KEYWORDS 3
INTRODUCCIÓN 4
TABLA DE CONTENIDO 6
CAPÍTULO I 8
EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL 8
Deber objetivo del cuidado 8
Generalidades y conceptos 8
Concepción Objetiva 9
Concepción Subjetiva 10
Responsabilidad penal 11
Definición 11
Elementos 12
CAPÍTULO II 14
MALA PRÁCTICA MÉDICA Y SUJETOS EN LA MISMA 14
Mala práctica médica 14
Antecedentes de la mala práctica médica 14
Lex Artis 16
Definición de la mala práctica médica 17
Mala práctica médica como delito 18
Sujetos en la mala práctica médica 19
Sujeto activo 19
Derechos y obligaciones de los profesionales de la salud 20
Sujeto pasivo 21
CAPÍTULO III 23
ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO 23
Ecuador 23
Argentina 23

Jurisprudencia 24
Chile 25
Perú 26
Colombia 27
CONCLUSIONES 29
REFERENCIAS ..... **¡Error! Marcador no definido.**
Bibliografía 30

CAPÍTULO I

EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL

Deber objetivo del cuidado

Generalidades y conceptos

En la conducta social se tiene como punto primordial el respeto a los derechos universales de los otros individuos que conforman la sociedad y de sus normas de cuidado. Es por esto que se debe observar las normas que rigen toda acción o actividad determinada, más aún si estas tienen un alto índice de riesgo a los bienes jurídicos protegidos. El derecho recogiendo todo lo mencionado con anterioridad lo denominó como *cuidado debido*.

La infracción de un deber objetivo de cuidado es parte integral de los elementos constitutivos de los delitos culposos. Para entender esto con claridad debemos mencionar que en los delitos culposos la conducta típica no está determinada con exactitud, y como menciona el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 27: "Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso…".

El tratadista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni (2019, pág. 15), dice que el tipo culposo requiere una conducta que reúna lo siguiente:

a) Viole un deber de cuidado;

b) Cause un resultado lesivo de un bien jurídico; y,

c) Que la violación del deber sea determinante del resultado porque siempre los tipos culposos son abiertos, pues la fórmula individualizadora debe ser completada en la actividad juzgadora con una pauta o regla general a la que remite; solo consta el resultado lesivo en la norma.

En el área de la salud el deber objetivo del cuidado se relaciona específicamente con la obligación que tiene el médico de atender a su paciente, de tal manera que no sea expuesto a riesgos injustificados. Para lograr esto el médico debe ajustarse a las reglas de la Lex Artis.

Concepción Objetiva

Desde el punto de vida objetivo, el deber de cuidado es el que se determina por el ordenamiento jurídico, en el cual se exige un comportamiento determinado para una situación específica de riesgo. Sin embargo, resulta difícil para la actividad judicial determinar cuál hubiese sido la conducta adecuada para una situación específica. Es por esto que Claus Roxin en su libro Derecho Penal emplea una fórmula denominada de riesgo permitido y menciona que "si la actuación se mantiene dentro del marco establecido por la figura-baremo, no concurre una creación de peligro o al menos no supera el riesgo permitido por tanto no procede la imprudencia. Si en cambio el sujeto ha creado un riesgo mayor al que producido la persona ficticia que sirve de comparación, entonces se realiza el tipo imprudente". (Roxin, 2012, pág 96)

Dentro de la concepción objetiva encontramos lo que se conoce como el baremo del hombre medio o modelo diferenciada, se pregunta cómo se habría comportado en la situación concreta una persona consciente y cuidadosa perteneciente al sector del tráfico del sujeto. Es decir, si un enfermero ha causado lesiones de bienes jurídicos en este caso la salud, se debe tomar la conducta de otros enfermeros conscientes y cuidadosos. Si el sujeto ha creado un riesgo mayor al que habría producido la persona ficticia que sirve de comparación, entonces se realiza el tipo imprudente.

Edgardo Donna, menciona lo siguiente, "el criterio cuidadoso se encuentra dado por un conjunto de reglas sociales generalmente extrajurídicas, desarrolladas para la actuación, en el ámbito social respectivamente afectado. No obstante, reconoce que hay un problema cuando se trata de nuevas actividades, sobre las que no existe un acervo

desarrollado de normas de cuidado; en este caso, señala como necesario buscar reglas sociales en ámbitos análogos" (Donna, 2011; pág 162)

Hans Welzel afirma que, para la determinación del cuidado debido, el cual según su concepción es de carácter "objetivo y normativo", no tiene importancia cuál sea el cuidado que haya observado o haya podido observar el autor, sino únicamente cuál sea el cuidado necesario. (Welzel, 1964; pág 38)

Concepción Subjetiva

La concepción subjetiva, es defendida principalmente por Gunther Startenweth quien afirma que, "la persona que pudiese actuar con más prudencia que el hombre medio, y con esto evitar un resultado, debería hacerlo sin pena de actuar antijurídicamente; mientras que aquel que no puede comportarse con toda la prudencia del hombre medio, no actuó ni siquiera antijurídicamente" (Donna, 2011; pág 123).

Según Jakobs, "la norma de conducta que sirve de base al tipo, tiene que darse por satisfecha con el poder individual del autor, pues la posibilidad real de motivación no puede superar lo reconocible por el autor. Y quien posee un conocimiento especial con respecto a una circunstancia específica, está obligado a usarlo únicamente en razón de su posición de garante." (Corcoy, 2015; pág 103).

Con lo mencionado anteriormente podemos decir que una persona solo se encuentra obligada a prestar cuidado siempre que esto esté dentro de sus capacidades individuales. En caso de que posea una capacidad o posición diferenciadora, el sujeto se encontrará obligado a emplearla para evitar la lesión de un bien jurídico; mientras que la persona que no cuente con dicha capacidad o posición, de no serle posible actuar conforme a la diligencia exigida, es excluida de la imputación personal o imputabilidad por la imposibilidad de actuar de otra manera.

Roxin intenta dar una solución homogénea para el caso de conocimientos superiores e inferiores y el problema de la concepción generalizadora que consagra un tipo objetivo y/o individualizadora que prevé la dependencia de la existencia del tipo a los conocimientos individuales del autor.

Responsabilidad penal

Definición

La responsabilidad penal se concreta en la imposición de una pena, que bien puede ser privativa de la libertad, privativa de otros derechos o pudiendo consistir en una multa.

Otra definición bastante acertada es la que nos da el tratadista Fontan Balestra en su libro Derecho penal, la cual describe a la responsabilidad penal como "aquella responsabilidad por la cual se carga en la cuenta de un sujeto el delito y sus consecuencias…". (2009, pág 35)

Es el mismo autor quien define a la responsabilidad penal médica, como la que hace referencia a las conductas delictivas cometidas por los médicos, enfermeras, y más operadores del área de salud. De este modo el legislador evidencia la voluntad de garantizar al máximo la integridad individual y la dignidad del enfermo. (2009; pág 64).

Según el Doctor Marco García (2008), la responsabilidad médica es la obligación para los médicos de sufrir consecuencias de ciertas faltas por ellos cometidos en el ejercicio de su profesión, faltas que puede ser de acción penal, acción civil, o ambas.

Dentro de la responsabilidad penal médica, al igual que en cualquier ámbito legal es necesario comprobar la existencia de una acción que sea imputable al sujeto que se enjuicia, es decir, identificar que el comportamiento humano sea realizado de forma voluntaria y libre. (Camas, 2014)

Elementos

Se requiere de tres elementos para que un hecho por la mala praxis pueda ser imputado a un profesional de la salud y son:

Tipicidad

Francisco Muñoz Conde en su obra "Teoría General del delito", define a la tipicidad como: "La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal" (2012, pág 31).

El artículo 25 del Código Orgánico Integral Penal establece que los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevante, pues tiene que existir concordancia entre la conducta descrita por la norma y la conducta realizada por el profesional de la salud acusado. Cuando la ley penal dice "el que mate a otra persona", "el que se apropie en provecho suyo o de un tercero, cosa mueble ajena", "el que cause a otro daño en el cuerpo o la salud", está estableciendo la conducta en la que debería incurrir una persona y se dirá entonces que la conducta es típica.

La naturaleza jurídica de la tipicidad deriva del principio de legalidad nullun crimen sine lege, lo que implica que solo las conductas determinadas en la ley penal como delitos pueden considerarse como tal.

Antijuridicidad

La antijuridicidad según Eugenio Raul Zaffaroni tiene relación al daño o peligro de un derecho, por causa de un acto humano injustificado: si alguien se apodera de un bien ajeno, con este acto vulnera el derecho de propiedad que otro tenía sobre la cosa hurtada. No es permitido, por tanto, ir por ahí atacando los derechos de los demás; no se permite actuar antijurídicamente. (2000, pág 65)

No puede considerarse que la tipicidad y la antijuricidad formen parte de una sola valoración, en donde la tipicidad es una valoración positiva y la antijuricidad la parte negativa

> "La tipicidad y la antijuricidad no pueden confundirse. Aunque la tipicidad es un indicio de antijuricidad, puede darse el caso que una conducta típica no sea antijurídica. Esto ocurre cuando se dan las llamadas causas de justificación, es decir situaciones en que la lesión del bien jurídico se halla legitimada, justificada por el propio orden jurídico" (Albán, 1997. P.165)

Según el artículo 29 del Código Orgánico Integral Penal, para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido.

Culpa

> El autor ecuatoriano Alfonso Zambrano Pasquel sostiene, al respecto, que: "la culpabilidad de un delito culposo es reproche al autor que, en el caso concreto y tomando en cuenta sus condiciones personales, pudo obrar con la prudencia que le era exigido" (2017, p. 179).

Según el artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal, actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Sobre los elementos de la culpabilidad, el artículo 34 del mismo código indica que "para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta"

En torno a la imputabilidad, el COIP establece en los artículos 36, 37 y 38; tres parámetros de exclusión de la culpabilidad: trastorno mental; ebriedad o intoxicación fortuitas; y aquellos actos cometidos por personas menores de dieciocho años.

CAPÍTULO II

MALA PRÁCTICA MÉDICA Y SUJETOS EN LA MISMA

Mala práctica médica

Antecedentes de la mala práctica médica

La medicina a través de las diferentes culturas y momento histórico ha ido cambiando su enfoque y su forma de ser concebida; es por eso que la responsabilidad de los médicos también ha tenido una perspectiva diferente y a lo largo de la historia se ha ido mejorando cómo hacer que respondan por los errores cometidos por falta de preparación, o por realizar dolosamente actos contra otros.

En la antigüedad, quien en ejercicio de su profesión cometía un error o no cumplía con las reglas de la ética profesional, era sancionado de manera severa. Así, en Egipto y Grecia hay documentos que nos demuestran la existencia de colegios en los cuales se fijaban las reglas sobre la medicina, que en ese tiempo se lo denominaba el arte de curar, estas reglas decían que el médico no tenía responsabilidad por cualquier daño causado al paciente siempre y cuando él haya actuado conforme a las reglas, si él se apartaba de dichas reglas podía ser castigado con mutilaciones o incluso la muerte. (Solano, 1999)

En Roma existía un cuerpo jurídico llamado *Lex Aquilia*, en el cual estaban las sanciones para los médicos en caso de actuar de manera irresponsable con sus pacientes.

En este punto de la historia podemos contemplar que los médicos mantenían una responsabilidad vinculada a sus actos con los pacientes, y en caso de obrar mal las penas constituían un acto punitivo contra el médico responsable de haber ocasionado el daño.

Si nos posicionamos en lo que se conoce actualmente como la edad moderna, podemos identificar que las sanciones que recibían los profesionales de la salud ya eran un poco más proporcionadas en lo que ellos cometían y lo que debían pagar. Además,

que ya no solo se hablaba de una sanción, sino que se tenía muy en cuenta que se debe resarcir el daño causado a la víctima.

Existieron 2 casos que marcaron las pautas para valorar la responsabilidad médicas. El primero siendo el caso del doctor Helie en 1825, quien fue llamado a atender un parto distócico, que en la actualidad se lo define como un parto donde existen complicaciones que requieren la intervención de un médico ya sea mediante cirugía o maniobras. En doctor Helie al momento de llegar se encontró con un parto expulsivo pero el infante tenia su brazo derecho por fuera de la vagina, la decisión del doctor fue amputar el brazo sin siquiera intentar corregir con alguna maniobra la posición del infante por nacer, posteriormente el infante saca el brazo izquierdo que de igual forma se procede a amputar.

Una vez finalizado el parto, el padre del recién nacido procede a denunciar al médico ante el tribunal de Domfront, el mismo que previo dictamen de la Academia de Medicina, resolvió que el médico había actuado "…imprudentemente y con una precipitación increíble no habiendo intentado ninguna maniobra obstétrica ni llamado a consulta" y lo condenó a pagar una pensión vitalicia al menor.

El segundo caso del Doctor Thouret Noroy que se dio en 1832 en Francia, el cual había detenido una hemorragia colocando vendajes en un paciente lo cual posteriormente formó un tumor doloroso. El paciente regresa con él doctor Thouret el cual se receta unas pomadas locales, pero el paciente empeoró, negándose a atenderse con el mismo doctor se dirige a otro el cual se dice que van a tener que amputarle el brazo ya que tenía una infección gangrenosa. Demandaron al médico y el Tribunal resolvió que había existido "impericia, negligencia grave, falta grosera y olvido de las reglas elementales" y condenó al médico al pago de una pensión vitalicia. El fallo fue apelado y posteriormente confirmado por el Tribunal de Casación.

Finalmente, en la edad contemporánea, según un informe presentado en el Segundo Congreso Internacional de Ética Médica realizado en Paris en 1966, se demostró que, en un período de 20 años, comprendido entre 1945 a 1965, el índice de

médicos demandados aumentó considerablemente, resultando que mientras en 1945 se demandaban a 5 médicos por cada 1000 casos atendidos, en 1965 el índice aumentó al 20 de cada 1000 (Yungano, 1982).

Lex Artis

La lex artis o tambien llamada ley del artesano como menciona Sproviero en su libro Mala Praxis-Protección jurídica del médico, es el estricto acatamiento a disposiciones de orden médico, técnico y aun de aquellas reglas que, sin estar mencionadas expresamente, forman parte de la veterata consuetudo y que deben gravitar ostensiblemente como indicadores de la conducta médica. (1994, pág 181)

Con esta definición entendemos que la lex artis abarca tanto disposiciones escritas, como aquellas que no lo estén pero que forman parte de las costumbres y por lo tanto se utilizaron para establecer las obligaciones del médico.

Existen diversidad de situaciones dentro de la práctica de la medicina lo que ha generado que exista variedad de reglas dentro de la misma profesión, otro punto a tomar en cuenta es que es una profesión que evoluciona constantemente por lo cual sus reglas deben hacer lo mismo.

Como menciona el tratadista Jaime Lombana: "Para Molina Arrubla: la lex artis puede definirse como la serie de reglas que determinan el correcto modo de conducta profesional del médico frente a la corporeidad de su paciente, dentro del contexto de una determinada situación clínica y de acuerdo con los últimos avances de la ciencia médica." (2010, pág 248)

Debido a la situación mencionada existe la *lex artis ad hoc*, que son aquellas normas concretas para cada situación ya que se encarga de analizar la complejidad del acto, esta puede obtenerse por las actuaciones de otros profesionales frente a la misma situación o del mismo doctor frente a situaciones anteriores.

Ante esta situación, Martínez Calcerrada ha definido la lex artis ad hoc como el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida. Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, 5 de junio del 2012, juicio no. 0793-2011 por homicidio inintencional

Entendemos entonces que la lex artis hace referencia a la forma correcta de hacer las cosas, por lo que la mala praxis sería el no cumplir con las reglas y disposiciones destinados para que todo salga bien. En pocas palabras la malpraxis puede entenderse como no seguir la lex artis.

El Profesor J. Jornetn se expresa así: "Desde el punto de vista jurídico se entiende que ha existido negligencia profesional, y por lo tanto deben pedirse responsabilidades, 42 cuando el acto médico ha sido realizado bajo el concepto de malpraxis. Este término se refiere a aquellas circunstancias en las que los resultados del tratamiento han originado un perjuicio al enfermo, siempre y cuando estos resultados sean diferentes de los que hubieran conseguido la mayoría de profesionales en las mismas circunstancias". (1991, pág 34)

Definición de la mala práctica médica

La medicina es una actividad riesgosa por su propia naturaleza y por su relación con la vida humana, esto conlleva varios sistemas de responsabilidad. Entre ellos y según el ordenamiento jurídico ecuatoriano está la administrativa, la civil y la penal. Según el artículo 54, inciso 2 de la Constitución de la República del Ecuador, Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas.

Según M.J. Meincke, la atención de los médicos y en general de los profesionales de la salud debe basarse en preservar la salud del paciente, debe siempre actuar con total entrega, ya que al haber falta de atención pueden surgir grandes complicaciones, además, cabe recalcar que es importante que los médicos proporcionen toda la atención debida ya que si existe alguna circunstancia externa al médico que compliquen la vida del paciente, el mismo no tendrá motivos por los cuales culpar al médico de las consecuencias que sobre él recaigan. (2001, pág 11)

La mala práctica para Rabinovich Berkman es aquella que hace referencia a la conducta de un profesional, o de cualquier otro sujeto que realice como medio de vida una actividad determinada, regida por reglas técnicas de cierta objetividad científica, cuando este sujeto se aparta de tales principios. (2006, pág 100)

De manera complementaria a lo manifestado, se ha señalado que la mala práctica médica es: Toda acción médica errada de acuerdo a la opinión de expertos médicos; esto significa que no se define por la opinión del paciente o de sus familiares y amigos, y que tampoco puede definirse por la opinión del juez que participa del caso, cuya misión es definir la culpabilidad de la mala praxis y la magnitud del resarcimiento del perjudicado. (Pérez, 2011).

Frente al cometimiento de este tipo de delitos el Estado ecuatoriano, ha tratado de dar solución a través de varios medios; por ejemplo, la redacción dentro de la Constitución de la República de un título que tiene que ver con el derecho a la salud, la creación de la Ley Orgánica de Salud.

Mala práctica médica como delito

La salud es de tal importancia, que muchas personas lo han visto como una manera de lucrar, creando grandes hospitales, o poniéndose un consultorio médico con precios sobre lo normal. Lastimosamente, en muchas ocasiones, los equipos necesarios para poder

examinar a los pacientes son caras, y a pesar de que el Estado garantiza la salud y la vida, es el paciente quien debe pagar estas sumas de dinero.

Pablo Santos da una definición de que es la mala práctica médica, resaltando que "la figura de la mala práctica médica se ha definido como aquel tratamiento erróneo o negligente aplicado por el médico que resulta en un daño, sufrimiento innecesario o muerte del paciente, debido a ignorancia, negligencia, impericia o falta de observancia de las reglas determinadas." (2004, p. 36).

Se debe guardar cierta distancia entre el derecho y la medicina ya que se puede tornar muy limitante, y los médicos ya no cumplirían su labor con la libertad necesaria, se van a volver muy cuidadosos en lo que hacen, e inclusive podrían dejar de obrar de la manera correcta con tal de no recibir ningún tipo de sanción. El derecho y la medicina son ciencias destinadas a cubrir necesidades del hombre, al ser dos ramas que afectan completamente a la sociedad, deben tener leyes que liguen a estas dos profesiones.

Sujetos en la mala práctica médica

Sujeto activo

El sujeto activo en la mala práctica médica, es un profesional de la salud, ya que su conducta debe estar regida con mayor responsabilidad en tanto que su actividad profesional lo obliga a realizar sus acciones con mayor previsión, diligencia y su necesario deber de cuidado.

El delito es el resultado de la inobservancia de las reglas técnicas de su profesión, dando lugar a que se produzca la muerte de una persona por falte de previsión, o la ocasión de lesiones.

El sujeto activo es quien realiza la acción, es por eso que responde ante la justicia como autor del delito. En el delito de la mala práctica médica responden como autores los profesionales de la salud que estén encargados de cuidar a los pacientes

Derechos y obligaciones de los profesionales de la salud

Los médicos y demás profesionales de la salud, tienen la obligación de actuar con responsabilidad, es decir, que nadie en la rama de la salud debe realizar actos contrarios a la salud y la vida, porque el título que se les otorga supone que la persona salvaguardará la vida con la prudencia que le exige su carrera.

Al ser una profesión de suma importancia, los médicos deben cumplir ciertos deberes para que así puedan desempeñar su trabajo de una mejor manera. Así, con la aceptación de la Declaración de Ginebra, el profesional de salud está acordando ciertas condiciones para ejercer su profesión, tales como las detalladas a continuación:

> *En el momento de ser admitido como miembro de la profesión médica:*
> *Prometo solemnemente consagrar mi vida al servicio de la humanidad,*
> *Otorgar a mis maestros el respeto y gratitud que merecen,*
> *Ejercer mi profesión a conciencia y dignamente,*
> *Velar ante todo por la salud de mi paciente,*
> *Guardar y respetar los secretos confiados a mí, incluso después del fallecimiento del paciente,*
> *Mantener incólume, por todos los medios a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica,*
> *Considerar como hermanos y hermanas a mis colegas,*
> *No permitiré que consideraciones de afiliación política, clase social, credo, edad, enfermedad o incapacidad, nacionalidad, origen étnico, raza, sexo o tendencia sexual se interpongan entre mis deberes y mi paciente,*
> *Velar con el máximo respeto por la vida humana desde su comienzo,*

> *incluso bajo amenaza, y no emplear mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas,*
> *Hago estas promesas solemne y libremente, bajo mi palabra de honor*.
> (WMA - the World Medical Association-Declaración de Ginebra, 2014)

Como se puede observar, en la lista existen varias obligaciones, una de las más importantes es la de la información. De esta manera, el médico no puede divulgar a terceros la información que un paciente haya confiado a su médico. Tampoco se puede privar al paciente de conocer su estado actual, es decir, el paciente debe conocer su verdadero estado de su salud. De igual manera, el médico debe informar a su paciente de cuáles son las posibilidades que tiene de salvarse, o que tratamientos existen para curar la enfermedad, el médico en este caso, debe aconsejar al paciente sobre cuál es su opinión respecto al mejor tratamiento posible para su caso.

Otras obligaciones del médico serán preservar la vida humana; brindar a su paciente toda su lealtad; cuando el médico tenga un caso que sobrepase su capacidad, el médico debe acudir a otro profesional de la salud calificado que sepa lo que él no sabe; debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado; y por último, debe brindar todo tipo de atención cuando sea urgente (Villalba, 2007, págs. 107-108)

Sujeto pasivo

El sujeto pasivo, en este caso el paciente, como titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Sin embargo, en caso de dar la muerte al paciente, las victimas en este acto son sus parientes o herederos.

El paciente es aquella persona que busca ayuda para mejorar su salud o busca prevenir enfermedades, en términos de gestión sanitaria, el paciente es un cliente, a quien el médico debe brindarle todo su esfuerzo y dedicación para sanarlo.

Al igual que los médicos, y de acuerdo a la Asociación Médica Mundial, los pacientes tienen derechos, como el de escoger libremente al médico, a tomar decisiones sobre su propio organismo, a informarse sobre su enfermedad.

Los derechos de los pacientes son el conjunto de derechos que poseen los enfermos y personas que ingresan a consulta. Y de la misma manera, al ser un actor en el contrato de servicios médicos, tiene una serie de obligaciones, como por ejemplo, colaborar con el cumplimiento de las normas institucionales, tratar con respeto a los profesionales de la salud, a los pacientes, y a las personas que se encuentren acompañándolos, y a firmar un documento de salida voluntaria o de no aceptación de los tratamientos que han sido propuestos.

No hay que olvidar, que el paciente tiene autonomía, por lo tanto, es él quien decide si tomar o no un tratamiento.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

Ecuador

En el Ecuador, la mala práctica médica no es considerada un delito independiente, debido a que en el Código Orgánico Integral Penal existe dentro de la figura de homicidio culposo por mala práctica profesional del artículo 145. A diferencia de varios países de América Latina que mencionaremos más adelante.

En el país, varias entidades de salud, tanto públicas y privadas han dado la calificación a la mala practica médica de una consecuencia de las equivocaciones dentro del sistema y de las políticas estatales que no atienden a la salud en toda su amplitud e importancia. Mencionan también que los casos de mala práctica médica, no han sido revisados de una manera adecuada, dejando así muchos vacíos dentro del tema.

El principal cuerpo normativo que regula al ejercicio de las profesiones médicas y afines a la misma es la Ley Orgánica de la Salud, y al ser esta una ley especial la autoridad competente para juzgar son en su orden: comisarios, jefes provinciales, directores regionales, Subdirector Nacional, Directo Nacional y Ministro de Salud.

La Federación Médica Ecuatoriana es una persona jurídica de derecho privado, que está integrada por todos los médicos que ejercen legalmente la profesión en el Ecuador. La Federación Médica Ecuatoriana posee una normativa en la que regula y sanciona las conductas de los profesionales de Salud, siempre y cuando se conforme antes del juzgamiento un Tribunal de Honor.

El Tribunal de Honor se encarga de conocer y juzgar la conducta del médico, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar, de conformidad con la ley.

Argentina

En Argentina la pena por muerte culposa va de un mínimo de prisión por seis meses a un máximo de cinco años e inhabilitación especial entre cinco y diez años. Esta misma pena se la aplica para las personas que han matado a otras por conducir en exceso de velocidad, por lo que la pena fue cuestionada ya que a pesar de ser delitos totalmente diferentes, reciben la misma pena. La Asociación Médica Argentina intervino, por un lado, informó que la toma de decisiones en casos de mala praxis, la harán las Asociaciones Médicas, Universidades nacionales y médicos en general, y, por otro lado, advirtió al Congreso Nacional que no se puede comparar a un conductor de automóvil y su manejo con el trabajo de un profesional de la Salud.

Gracias a esta intervención, este proyecto de ley fue modificado, dando al Código Penal la facultad de sancionar la Responsabilidad Legal de los profesionales en casos que tengan que ver con la mala praxis.

En el artículo 84 del código penal de la República de Argentina, se menciona que: Será reprimido con prisión de uno (1) a cinco (5) años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco (5) a diez (10) años el que, por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo causare a otro la muerte. El mínimo de la pena se elevará a dos (2) años si fueren más de una las víctimas fatales"

Con esto podemos determinar que la legislación argentina sostiene una norma rigurosa y muy estricta, ya que por mala práctica médica tiene una pena de 5 a 10 años, mientras que en nuestro país es de 3 a 5 años, con la gran diferencia en que nuestra legislación al delito normado por homicidio culposo por mala práctica profesional, constan elementos copulativos, los cuales deben cumplirse para aplicar la sanción.

Jurisprudencia

En Argentina a diferencia del Ecuador, da solución a aquellos casos de mala práctica médica que no se pueden encontrar tipificado. Con esto demuestran que no existen vacíos legales al momento de resolver sobre alguna mala práctica médica, ya que poseen jurisprudencia en donde demuestran las formas en que se deben resolver los casos al momento en que se presenten diferentes tipos de problemas.

Por ejemplo, tenemos una resolución en cuanto a la responsabilidad conjunta del anestesista con el cirujano, en la que se declara la relación de dependencia que existe entre el cirujano y el anestesista cuando el daño se ha producido por negligencia o impericia del anestesista, ya que el cirujano es quien debe dirigir y vigilar a los miembros del equipo. (*Caso Romero, norma y Otros*, 1994)

Chile

El código sanitario de Chile en el artículo 112 reconoce que: Sólo podrán desempeñar actividades propias de la medicina, odontología, química y farmacia u otras relacionadas con la conservación y restablecimiento de la salud, quienes poseen el título respectivo otorgado por la Universidad de Chile u otra Universidad reconocida por el Estado y estén habilitados legalmente para el ejercicio de sus profesiones.

Menciona también que no se puede ejercer conjuntamente las profesiones de médico-cirujano y las de farmacéutico. Es decir, no puede mezclar su profesión con intereses comerciones.

El ejercicio ilegal del profesional de la salud dentro del mismo código en el artículo 113, nos menciona que es todo acto realizado con el fin de formular diagnósticos, pronósticos o tratamientos a pacientes y consultantes, en forma directa o indirecta, por personas que no hayan cumplido los requisitos mencionados anteriormente, es decir, que no están legalmente autorizados para ejercer la medicina.

En el código penal título VI, encontramos los crímenes y simples delitos contra la salud pública, en el artículo 313 menciona que: El que, careciendo de título profesional

competente o de la autorización legalmente exigible para el ejercicio profesional, ejerciere actos propios de la respectiva profesión de médico-cirujano, dentista, químico-farmacéutico, bioquímico u otra de características análogas, relativas a la ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano, aunque sea a título gratuito, será penado con presidio menor en grado medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales.

Los actos propios de esta profesión se dan cuando:

- La persona diga que es profesional de la salud sin estar facultado.
- La persona ofrece sus servicios por medio de publicidad.
- Una persona realiza diagnóstico, lleva a cabo intervenciones quirúrgicas, ejecuta actos que exigen el conocimiento y técnica de tales profesionales.

Si la persona está facultada para desempeñar sus funciones como profesional de la salud, será sancionado cuando ofrezca a sus pacientes curar una enfermedad por medio de fórmulas ocultas.

En caso de negligencia médica, esta es sancionada como crimen, lo más común en la práctica es que caiga dentro de un cuasidelito de lesiones u homicidio que está tipificado en el artículo 490 del código penal y se sanciona con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios, cuando el hecho importare crimen.

Perú

El Código Penal Peruano en su artículo 111° Homicidio Culposo. - señala El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas. Cuando son varias las víctimas del mismo hecho o el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de profesión, de ocupación o industria, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de seis años de inhabilitación conforme al artículo 36° incisos 4, 6 y 7.

Así mismo el artículo 124° Lesiones Culposas. - señala El que por culpa causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud, será reprimido por acción privada, con pena

privativa de la libertad no mayor de un año y con sesenta a ciento veinte días multa. La acción penal se promoverá de oficio y la pena será privativa de libertad no menor de uno, ni mayor de dos años y de sesenta a ciento veinte días multa si la lesión es grave. Cuando son varias las víctimas del mismo hecho o el delito resulta de la inobservancia de reglas técnicas, de profesión, de ocupación o de industria, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al artículo 36° incisos 4, 6, y 7.

Existe una diferencia muy grande con nuestra legislación ya que en palabras sencillas es menos rigurosa y mucho más flexible, ya que el los delitos en los que se encasilla la mala práctica médica su sanción no es más de 4 años, además que menciona que en casos que no se haya podido prevenir, se tomará en cuenta estos elementos para disminuir la sanción.

Colombia

En Colombia, la responsabilidad médica es de medios, lo que quiere decir que el médico no responde sobre la salud del paciente en sí, por lo que responde es de ofrecerle todo su apoyo y darle el tratamiento necesario para que este tenga una mejoría.

Ruíz nos menciona en su libro, la responsabilidad médica en Colombia que la relación médico–paciente está reglada por un expreso acuerdo de voluntades, mediante el cual el médico queda comprometido, generalmente por una obligación de medios a empeñar todo su conocimiento, destreza y juicio clínico. Aunque ya la jurisprudencia nacional e internacional les ha asignado a ciertas áreas de la medicina la condición de obligación de resultados o fines". (2013, pág. 199).

En el Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000), se encuentra tipificada la mala práctica profesional, en su Art. 22, que la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta, cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deje al azar.

Dentro de la misma ley, el artículo 23 menciona que la culpa es la conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.

CONCLUSIONES

En primer lugar, podemos ver que la mala práctica médica es una situación que se ha venido dando a lo largo de la historia de la humanidad y c a consiste en la falta del deber de cuidado, que en materia penal en cambio es sancionada por lesiones cuando se provoca un daño corporal, que puede ser leve o permanente u homicidio cuando el facultativo provoca la muerte del paciente.

En segundo lugar, el Ecuador es uno de los pocos países en donde la mala práctica médica no es un delito independiente, es decir, en donde no encontramos normativa única sobre la práctica médica, llevando a resolver casos de manera muy superficial y de varias formas. En este país podemos observar que la justicia, en el caso de mala práctica médica, persigue el delito de homicidio inintencional, lo que claramente contradice a los avances del Derecho Penal, ya que el Derecho Penal se encarga de tipificar todo tipo de acto para que no se cree una falencia y vacío dentro de las normas.

Finalmente, en nuestro país si era necesaria regular de manera específica la responsabilidad por mala praxis, quizás con su vigencia se puedan evitar impunidades por vacíos legales, como hace muchos años sucedió. Pero para que un sistema judicial funcione no basta con tratar de regular todo, pues se trata también de que la víctima asuma el papel que le corresponde y luche por la justicia, cuando se considere afectada en sus derechos.

BIBLIOGRAFÍA

Cillo, A. B. (2005). *Entre Colegas.* La Plata: Colegio de obstétricas de la provincia de Buenos Aires .

Constitución de la República del Ecuador. (Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre del 2008). Quito-Ecuador

Código Orgánico Integral Penal, (COIP) 2014; Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador

Alberto Zaffaroni, & Raul Bueres. (2009). *Responsabilidad Médica*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Zaffaroni Eugenio, Raúl Alagia y Alejandro Slokor.(2000). Derecho Penal Parte General. Buenos Aires: Ediar

Camas Manuel., Gómez María., Sillero Blanca., y Such Javier. (2013). *Responsabilidad Médica*. Valencia. Tirant Lo Blanch.

Albán Gómez, Ernesto. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Quito: Ediciones Legales, 2011.

Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 23ª. ed. Madrid: 2014. Consulta:22 de abril de 2022.

Camas Manuel., Gómez María., Sillero Blanca., y Such Javier. (2013). *Responsabilidad Médica*. Valencia. Tirant Lo Blanch.

Gómez Pilar. (2013). *Tratamientos médicos: su Responsabilidad Penal y Civil* (3ª Edición). España. Bosch S.A

F. Lara, Código de Hammurabi; estudio preliminar, traducción y comentarios, Editorial Tecnos, Madrid 1986.

Gavilanes Carol (2011) *Responsabilidad penal en casos de mala práctica médica* [tesis de grado previola obtención del título de abogado]. Universidad San Francisco de Quito.

Venzo Cano, E. (1994). La responsabilidad profesional del médico. Madrid. Escoliar.

Dota Donde, V.; Monge Umaña, R. (2010) La responsabilidad médica surgida como consecuencia de la mal praxis. San José. Cuadernos de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica.

Araujo, P. M. (2015). Vademécum de responsabilidades del área de la salud en el Ecuador. Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Cabanellas, G. (2008). Diccionario Jurídico Elemental. Buneso Aires: Heliasta.

Congreso de Colombia. (1981). Ley 23 de 1981 sobre Ética Médica. Bogotá.

Congreso de Colombia. (2000). Ley 599 de 2000. Bogotá: Registro Oficial.

Congreso de la Nación Argentina. (2014). Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires: Registro Oficial.

Congreso de la Nación argentina. (2014). Ley 11.179 Código Penal de la Nación Argentina. Buenos Aires: Registro Oficial.

Congreso de la República de Colombia. (2000). Código Penal Colombiano. Bogotá: registro Oficial.

Congreso Nacional. (2006). Ley Orgánica de Salud. Qutio: Ediciones Legales.

Federación Médica Ecuatoriana. (2010). Propuesta de Ley de Responsabilidad Profesional y Mala Práctica Médica: Un destino con más perjuicios que beneficios. Quito - Ecuador: ditorial Amaranta.

ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Organización Mundial de la Salud. (2022). Organización Mundial de la Salud. Obtenido de Organización Mundial de la Salud: http://www.who.int/es/

Ruiz, W. (2011). La responsabilidad médica en Colombia. Cali: Pontificia Universidad Javeriana.

Soler, S. (2007). Derecho Penal Argentino. Madrid: Editorial Trotta.

WMA - The World Medical Association-Declaración de Ginebra. (2014). Wma.net; WMA - The World Medical Association-Declaración de Ginebra. https://www.wma.net/es/policies-post/declaracion-de-ginebra /

J. VILLALBA LOMBANA, Derecho penal y responsabilidad médica. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín Colombia, 2007

(Argentina) Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 25 de Julio de 1994. (caso Romero, norma y Otros C/R. N. S. S. P. J. Y P. S/Daños y Perjuicios)

ROXIN, Claus. (2012). La Imputación Objetiva en el Derecho Penal, Editorial Grijley.

SPROVIERO J. Mala Praxis-Protección jurídica del médico, abeledoperrot, Buenos Aires, 1994

LOMBANA J. Derecho penal & responsabilidad médica, biblioteca jurídica diké, Bogotá, 2010

Ruiz, W. (09 de 09 de 2013). La responsabilidad mèdica en Colombia.